

# Boilerplates etc.

## Yes or no to *no oral modification clauses*?

Prof. mr. T.H.M. Van Wechem en prof. mr. H.N. Schelhaas\*

### 1. Inleiding

In menige overeenkomst komt de bepaling voor dat een wijziging van contractuele afspraken pas effect heeft indien dit schriftelijk is vastgelegd, of indien beide partijen een schriftelijk amendement hebben ondertekend. In internationale overeenkomsten wordt een dergelijk beding een *no oral modification clause* (hierna: NOM-clausule) genoemd. Het beding is er onder meer op gericht om te voorkomen dat als ergens in de bedrijfsvoering een keer anders wordt gehandeld dan op basis van het contract zou moeten, dit partijen bindt. Een standaard NOM-clausule wordt vaak als volgt, of in woorden van gelijke strekking, geformuleerd:

‘De Overeenkomst kan slechts schriftelijk door partijen worden gewijzigd en dan slechts door de daartoe vertegenwoordigingsbevoegde personen. Iedere afwijking van de Overeenkomst die niet in de schriftelijke vorm heeft plaatsgevonden, is nietig.’

Het is natuurlijk de vraag wat rechtens is indien duidelijk is dat partijen mondeling of door bestendig gedrag hun oorspronkelijke afspraken hebben gewijzigd, maar niet het door de NOM-clausule voorgeschreven formele vereiste hebben gevolgd. Is dan toch een afdwingbare afspraak tot stand gekomen, of verhindert de NOM-clausule dat? De meningen zijn verdeeld. Uijen ziet er –

in aangepaste vorm – het nut van in.<sup>1</sup> Tjittes gaat een stap verder en betoogt:

‘Indien een gestelde wijziging van een schriftelijk contract mondeling heeft plaatsgevonden, stuit het bestaan af op het overeengekomen vormvoorschrift (de no oral modification clause).(…) Het wijzigen van een overeengekomen no oral modification clause is naar mijn mening ook onderworpen aan het vormvoorschrift, zodat het mondeling terzijde stellen daarvan in beginsel niet geldig is.’<sup>2</sup>

Maar in internationale *soft law*-regelingen wordt een andere route gevolgd. Artikel 2:106 (1) van de Principles of European Contract Law (PECL) bepaalt bijvoorbeeld dat het beding slechts een weerlegbaar *vermoeden* bewerkstelligt dat een overeenkomst tot wijziging of beëindiging van een contract alleen schriftelijk kan plaatsvinden. Het tweede lid bepaalt verder dat het beding niet kan worden ingeroepen indien het gedrag van de partij die het beding inroept hier aanleiding voor geeft. Het commentaar bij de PECL (Comment A) onderbouwt dit als volgt:

47

1. M. Uijen, *Münchhausen revisited: de bewijsovereenkomst als instrument voor contractenmakers*, *Contracteren* 2017/1, p. 17-21. Zie ook H.N. Schelhaas, *Uitleg van rechtshandelingen, preadvies Vereniging van Burgerlijk Recht*, Zutphen: Paris 2016, p. 179 e.v. Zie voor een uitgebreide en fraaie beschouwing over NOM-clausules waarin een uitgebreide vergelijking plaatsvindt tussen common law en Norwegian law: J.C. Westly, *No Oral Amendment clauses*, <[www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/westly\\_abstract.pdf](http://www.jus.uio.no/ifp/english/research/projects/anglo/essays/westly_abstract.pdf)>.
2. R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009, p. 92. Vgl. echter R.P.J.L. Tjittes, *De betekenis van de parol evidence rule in het Amerikaanse contractenrecht*, *Contracteren* 2002, p. 7, waar hij stelt ten aanzien van een n.o.m.-clausule bij toepasselijkheid van *common law*: ‘(…) Veel zekerheid biedt deze [n.o.m.] clausule niet, omdat naar common law een nieuwe overeenkomst of het gerechtvaardigde vertrouwen op een nieuwe mondelinge belofte, waarin een dergelijke clausule niet opnieuw is opgenomen, de werking van een no-oral-modification-clause reeds teniet doet gaan.’

\* Prof. mr. T.H.M. van Wechem is hoogleraar Professional Legal Counselling aan de Open Universiteit. Prof. mr. H.N. Schelhaas is hoogleraar privaatrecht aan de Erasmus Universiteit.

‘It would be contrary to good faith to let the parties’ agreement to use writing bind them to that form, when later they have clearly made up their minds to use another form.’

Artikel 2.1.18 van de Unidroit Principles for International Commercial Contracts (PICC) gaat niet uit van een vermoeden, maar acht een NOM-clausule afdwingbaar, tenzij de andere partij er op basis van gedragingen van de andere partij op heeft vertrouwd dat het contract is gewijzigd.<sup>3</sup>

Tegen deze achtergrond stellen wij in dit artikel de vraag centraal of de NOM-clausule verhindert dat een andersluidende afspraak zonder de vereiste vorm partij en bindt. In het verlengde daarvan gaan wij in op de vraag of opname van een NOM-clausule – veelal als boilerplate ‘verstoppt’ onder het kopje ‘Varia’, of als de overeenkomst in de Engelse taal is opgesteld onder het kop ‘Miscellaneous’ – wel zinvol is, of juist tussen partijen een onzekere situatie kan oproepen en daarom beter kan worden vermeden. Wij gaan hierbij uit van de hiervoor geformuleerde standaard NOM-clausule.

## 2. Mogelijke argumenten voor afdwingbaarheid van een NOM-clausule

48

De vraag of een NOM-clausule de totstandkoming van een latere afspraak belet, is natuurlijk alleen aan de orde indien de desbetreffende partij kan bewijzen dat een van de oorspronkelijke overeenkomst afwijkende rechtsgeldige en bevoegdelijke afspraak<sup>4</sup> is gemaakt.<sup>5</sup> De meest voor de hand liggende argumenten van de partij die zich – ter afwering van de binding aan de later in tijd gesloten overeenkomst – op de NOM-clausule wenst te beroepen, zijn onzes inziens de volgende:

1. De NOM-clausule in combinatie met het bepaalde in artikel 3:39 van het Burgerlijk Wetboek (BW)<sup>6</sup> en artikel 6:226 BW<sup>7</sup> brengt mee dat aanpassing of ver-

nieuwing van de overeenkomst op een andere wijze dan in de NOM-clausule voorzien ‘nietig’ of ‘vernietigbaar’<sup>8</sup> is; er kan dan geen rechtsgevolg aan worden toegekend.

2. De aanwezigheid van de NOM-clausule beïnvloedt het gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen ten aanzien van de nieuwe afwijkende afspraak wanneer niet aan het afgesproken vormvereiste is voldaan.

3. De nieuwe afspraak – mocht deze al tot stand zijn gekomen – levert een tekortkoming onder de eerste overeenkomst op. Er was immers (al dan niet impliciet) afgesproken dat partijen aan een dergelijke afspraak geen belang zouden toekennen.

Over het als eerste genoemde punt onder 1 kunnen we kort en duidelijk zijn. Wettelijke nietigheidssancties kunnen niet worden ‘in-gecontracteerd’.<sup>9</sup> Artikel 3:39 BW, dat bepaalt dat rechtshandelingen die niet in de vereiste vorm zijn verricht nietig zijn, heeft slechts betrekking op wettelijke en dus niet-contractuele vormvoorschriften. Het is dus de wet die bepaalt of een rechtshandeling nietig of vernietigbaar is. Dat staat niet ter vrije bepaling van partijen.

Menige NOM-clausule bepaalt echter enkel dat een verandering of vernieuwing van een overeenkomst in een andere dan de overeengekomen vorm ‘ongeldig’ is, zonder hierbij een juridische kwalificatie te hanteren. Is een andere partijafpraak zonder de juiste vormvereisten dan inderdaad niet afdwingbaar? Een argument ter ondersteuning hiervan kan zijn dat partijen nu eenmaal weten dat een wijziging of vernieuwing in de voorgescreven vorm moet geschieden, en zolang dat niet het geval is partijen er simpelweg niet op mogen vertrouwen dat de overeenkomst is gewijzigd of vernieuwd. Nog afgezien van de vraag tot welke bruikbare rechtsgevolgen een tekortkoming zou kunnen leiden, betekent dit voor het onder 3 genoemde argument het volgende. Als zou worden vastgesteld dat ondanks de NOM-clausule een nieuwe afspraak tot stand is gekomen, dan is de NOM-clausule in feite ‘overschreven’ door de nieuwe afspraak. In dat geval zien we ook geen ruimte meer om aan het argument onder 3 toe te komen: er is simpelweg geen sprake van een tekortkoming. Wanneer de NOM-clausule *niet* zou zijn ‘overschreven’, dan is de nieuwe afspraak niet tot stand gekomen en speelt het onder 3 genoemde daarom niet.<sup>10</sup> Ook dan is geen sprake van een tekortkoming.

Het argument onder 2, de vraag of de NOM-clausule ervoor zorgt dat geen totstandkomingsvertrouwen kan zijn gewekt indien de voorgescreven vorm niet is gevolgd, vormt volgens ons de crux. Wij gaan daar nader op in.

3. In vergelijkbare zin: art. 29 (2) Weens Koopverdrag. ‘A contract in writing which contains a provision requiring any modification or termination by agreement to be in writing may not be otherwise modified or terminated by agreement. However, a party may be precluded by his conduct from asserting such a provision to the extent that the other party has relied on that conduct.’

4. Waarbij geldt dat verklaringen ook in gedragingen besloten kunnen liggen (art. 3:37 BW) en dat een gewijzigde afspraak in voorkomend geval dus ook op grond van (bestendig) gedrag kan worden aangenomen.

5. Vgl. HR 21 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:755, waarbij de Hoge Raad in r.o. 3.3.2 oordeelde dat een oude overeenkomst in een nieuwe kan opgaan: ‘(...) Het oordeel van het hof moet aldus worden begrepen dat de afspraken die partijen eind 2003 hebben gemaakt, zijn opgegaan in de overeenkomst van 1 juli 2004 (...).’

6. Art. 3:39 BW luidt: ‘Tenzij uit de wet anders voortvloeit, zijn rechtshandelingen die niet in de voorgescreven vorm zijn verricht, nietig.’

7. Art. 6:226 BW luidt: ‘Stelt de wet voor de totstandkoming van een overeenkomst een vormvereiste, dan is dit voorschrift van overeenkomstige toepassing op een overeenkomst waarbij een partij in wier belang het strekt, zich tot het aangaan van den zodanige overeenkomst verbindt, tenzij uit de strekking van het voorschrift anders voortvloeit.’

8. Naargelang ten aanzien van wiens belang het vormvoorschrift is geschreven (vgl. art. 3:40 lid 2 BW).

9. Zie Asser-Hartkamp & Sieburgh, 6-III 2014, nr. 281.

10. Bovendien kan het standpunt worden betrokken dat het vormvereiste meer een Obliegenheit dan een afdwingbare verplichting is: schending daarvan leidt niet tot een tekortkoming, en nakoming kan niet worden gevorderd, maar enkele (andere) nadelige gevolgen zijn wel denkbaar.

### 3. Het belang van gerechtvaardigd totstandkomingsvertrouwen

#### 3.1 Gerechtvaardigd vertrouwen?

De kern is wat ons betreft dus of partijen ondanks het niet naleven van de NOM-clausule toch gerechtvaardigd hebben mogen vertrouwen op de wijziging of vernieuwing van de overeenkomst. De partij die zich op de NOM-clausule beroept, stelt in ieder geval achteraf dat geen wijziging kan hebben plaatsgevonden zolang de voorgeschreven vorm niet is gevolgd. De andere partij zal echter het standpunt betrekken dat zij er gerechtvaardigd van uit is gegaan dat de overeenkomst ondanks het ontbreken van een contractueel vormvoorschrift is gewijzigd. Wat is rechtens?

Hartkamp en Sieburgh zijn in hun Asser-deel niet heel duidelijk over het antwoord op de vraag of het gerechtvaardigd vertrouwen inderdaad de crux is. Zij merken het volgende op:

‘Ook het niet-naleven van een bedongen vormvoorschrift staat in beginsel in de weg aan het tot stand komen van de rechtshandeling, doch meer dan een vuistregel is dit niet. Uit de aard van het bedongen vormvereiste vloeit immers voort dat het door een nadere afspraak van partijen ongedaan kan worden gemaakt. Op deze nadere afspraak is artikel 3:37 lid 1 BW wederom van toepassing, zij kan in elke vorm worden getroffen en ook uit het gedrag van partijen (bijvoorbeeld de uitvoering van de rechtshandeling) worden afgeleid. (...) voorts kan een beroep op het niet-naleven van de vorm in strijd zijn met de redelijkheid en billijkheid (...).’<sup>11</sup>

Hartkamp en Sieburgh lijken hier te suggereren dat de NOM-clausule in beginsel het ontstaan van de nieuwe rechtshandeling blokkeert. Een rechtshandeling is een door een verklaring geopenbaarde wil die is gericht op rechtsgevolg (art. 3:32 BW). Deze verklaring heeft haar werking als ze de wederpartij heeft bereikt (art. 3:37 lid 3 BW). Een NOM-clausule kan *dat* (de werking van de verklaring) onzes inziens niet verhinderen, ook al is de verklaring niet op een contractueel juiste wijze ‘verpakt’.<sup>12</sup> De hamvraag is volgens ons of artikel 3:35 BW nog kan corrigeren wanneer de verklaring in de ‘onjuiste’ verpakking wel geacht kan worden de ‘wil’ van de verzender op het moment van uitbrengen daarvan te reflecteren, en de ontvanger *dat* ook zo heeft *mogen* percipieren en een goedkeuring (mondeling) heeft ‘teruggezonden’. Kortom, kan in een dergelijke situatie de NOM-clausule een beroep op artikel 3:35 BW tegengaan? Wij menen dat dit niet a priori het geval zou moeten zijn. Basisvoorwaarde is hierbij wel dat degene die

mondeling of door zijn gedrag verklaarde de overeenkomst te willen wijzigen (maar dat zonder de vereiste verpakking deed), dat op dat moment, afgezien van de formele verpakkingsvereisten, ook wilde en de ontvanger daar gerechtvaardigd op heeft vertrouwd.

#### 3.2 Artikel 3:35 BW en de geldigheid van contractuele vormvoorschriften

De vraag die onzes inziens moet worden beantwoord, is of partijen dwingende ‘verpakkingseisen’ aan een toekomstige verklaring kunnen stellen. Hierdoor zou vooraf de gerechtvaardigde perceptie van de ontvanger van de verklaring worden ingekleurd, ook als de ‘verzender’ van de verklaring – en na ontvangst daarvan de ontvanger die zijn goedkeuring daaraan verleent – zelf van de NOM-clausule afwijkend gedrag vertoont.

Deze vraag richt zich op de mogelijkheid om al dan niet vooraf afspraken te kunnen maken die van artikel 3:35 BW (en art. 3:37 lid 3 BW) afwijken en dus of deze bepalingen zich *vooraf* contractueel kunnen laten inkleuren indien en voor zover het afspraken van een toekomstige datum betreft. Oftewel: zijn dit – zoals wij dat dan maar duiden – ‘systeembepalingen’, waaraan partijen niet kunnen tornen, zoals er evenmin aan de eisen van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid getornd kan worden? De gedachte is dan: een verklaring heeft haar werking of niet en de verpakking doet er dan niet toe. Dat correspondeert met het feit dat partijen niet zelf de nietigheid kunnen bepalen, en met de op artikel 3:35 BW gebaseerde gedachte dat het uiteindelijk om het gerechtvaardigd verwachtingspatroon gaat dat met de corresponderende (ontvangst)verklaring wordt opgeroepen en niet om de verpakking waarin de verklaringen zijn gezonden.

Wij begrijpen in dit verband niet goed hoe de hiervoor door Hartkamp en Sieburgh gemaakte opmerking dat een dergelijk voorschrift *in beginsel* de totstandkoming van de rechtshandeling in de weg staat, moet worden geduid. Deze passage kan erop duiden dat mogelijke toekomstige *wilsuïtingen* en *wilsacceptaties* bij een NOM-clausule aan zwaardere eisen zouden moeten voldoen om effect te hebben. Zoals in het vorenstaande is uiteengezet, heeft een rechtshandeling slechts twee componenten: de wil en de verklaring. Als daar te allen tijde een dwingend vormvoorschrift aan kan worden verbonden dat *a priori* aan de geldigheid in de weg zou staan, dan komt inderdaad (in beginsel) geen rechtshandeling tot stand. Maar zoals hiervoor is aangegeven, wordt dat in de literatuur terecht onmogelijk geacht. Het komt ons daarom voor dat het vormvereiste slechts mee kan wegen in de afweging of er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, maar een ‘in beginsel niet’-benadering doet afbreuk aan het wettelijke mechanisme van artikel 3:35 BW. Wel denken wij dat de NOM-clausule ertoe leidt dat niet op basis van elke verklaring of van elke gedraging direct een gerechtvaardigd vertrouwen bij de wederpartij kan postvatten, juist omdat de wederpartij weet dat partijen aanvankelijk de bedoeling hadden om pas gebonden te zijn indien afwijkingen schriftelijk zijn neergelegd. Juist de aanwezigheid van

11. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014, nr. 281.

12. Zoals Hartkamp & Sieburgh terecht vaststellen, is op de nadere (afwijkende) afspraak inderdaad art. 3:37 BW weer ten volle van toepassing: verklaringen zijn vormvrij.

zo'n clause leidt er wat ons betreft toe dat niet zomaar gerechtvaardigd kan worden vertrouwd op wijziging van het contract, zoals Hartkamp & Sieburgh ook lijken te suggereren. In zoverre is enige terughoudendheid inderdaad op zijn plaats en kan een NOM-clausule in het kader van het gerechtvaardigd vertrouwen verhinderen dat een rechtshandeling tot stand is gekomen.

In dat kader bevreedt het echter dat in artikel 6:236 onder 1 BW (de zogeheten 'zwarte lijst') is bepaald dat een algemene voorwaarde in een consumentenovereenkomst waarbij ten nadele van artikel 3:37 BW wordt afgeweken *tenzij het de vorm van de door de wederpartij af te leggen verklaring betreft*, onredelijk bezwarend is. Dit suggereert dat afwijking van artikel 3:37 BW door de wetgever mogelijk wordt geacht. Dat zou meebrengen dat NOM-clausules dus niet intrinsiek strijdig zijn met het bepaalde in artikel 3:37 BW. Maar waar leidt dat dan toe?

### 3.3 Uitleg

Onzes inziens raakt deze materie een ingewikkeld punt van *uitleg* van de eenzijdige rechtshandeling. Want de problemen gaan pas spelen als de ene partij vindt dat er mondeling een rechtens afdwingbare afwijkende afspraak is gemaakt, terwijl de andere partij aangeeft dat *dat* nu juist gezien de NOM-clausule niet (in die vorm) mogelijk was, of dat zij daarom redelijkerwijze mocht begrijpen aan *die* gemaakte afspraak niet gebonden te zijn.

De vraag is of het nu om uitleg van *de rechtshandeling* gaat of om de *afdwingbaarheid van de afspraak* die tot stand is gekomen naar aanleiding van een rechtshandeling die op een onjuiste wijze is verpakt, of om de uitleg die aan de contractuele NOM-clausule bij de totstandkoming van de nieuwe afspraak moet worden gegeven. Met andere woorden: wordt bij een betwisting van de afwijkende afspraak de NOM-clausule uitgelegd, dient de effectueerbaarheid van die clause te worden beoordeeld, of wordt veeleer de vraag beantwoord of de verklaringen in de onjuist uitgebrachte vorm werking hebben?

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 24 februari 2017<sup>13</sup> bij de beantwoording van de vraag of een brief het in de overeenkomst aanwezige financieringsvoorbehoud 'triggerde', opgemerkt dat de wijze waarop deze brief moest worden opgevat '(...) dient te worden beantwoord aan de hand van de wilsvertrouwensleer, zoals neergelegd in de artikelen 3:33 en 3:35 BW'. En dat 'daarbij alle omstandigheden van het geval van belang [zijn] en geen beslissend gewicht toe [komt] aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van de in de brief gebruikte bewoordingen, ook niet als uitgangspunt'.

Drion heeft in het kader van uitleg van eenzijdige rechtshandelingen eerder het volgende bepleit:

'En vanuit die optiek leidt een historisch verband eigenlijk ook heel snel tot een logisch verband. Immers, ligt het niet erg voor de hand om de vraag

wat er is overeengekomen naadloos te laten aansluiten bij of er iets is overeengekomen?'<sup>14</sup>

Rinkes en Van Wechem merken hierover op dat twee keer eenzijdig<sup>15</sup> niet per definitie dubbelzijdig<sup>16</sup> is, temeer niet nu aanbod en aanvaarding verschillende rechtshandelingen zijn.<sup>17</sup> Ook wijzen zij er<sup>18</sup> in het kader van de eenzijdige rechtshandeling op dat hun geen procedures bekend zijn waarbij door het verschil in perceptie gesteld wordt dat er dan in het geheel geen rechtshandeling tot stand is gekomen, in de plaats van het toekennen van een betekenis aan de verkeerd gepercipieerde rechtshandeling.

Dit vertoont sterke gelijkenis met de problematiek bij een NOM-clausule, want wat wordt nu betwist: het bestaan van de afspraak of juist het beroep op de afspraak? Het probleem vangt aan wanneer het bestaan van een afwijkende mondelinge afspraak kan worden bewezen. We laten hierbij even in het midden of het leveren van bewijs daarvan tussen partijen kan worden uitgesloten op grond van het opnemen van een bewijsovereenkomst of het inbedden in de overeenkomst van een vaststellingsovereenkomst op grond van artikel 7:900 lid 3 BW.<sup>19</sup>

Wat ons betreft zou de rechter aan de hand van artikel 3:35 BW moeten toetsen of uit de reactie van de wederpartij het gerechtvaardigd vertrouwen bij de ontvanger van het antwoord mag (of kan?) worden afgeleid dat de wederpartij met het voorstel van de afspraak akkoord is gegaan, ondanks het feit dat niet de juiste verpakking is gebruikt.

Een schokkende zienswijze is dat natuurlijk niet. Weliswaar lijkt artikel 3:35 BW zich te richten op het moment van het aangaan van de rechtshandeling, maar in combinatie met de zienswijze zoals is geformuleerd in het hiervoor aangehaalde arrest van 24 februari 2017, lijkt het meer fluïde en lijken ook andere feiten en omstandigheden te kunnen worden meegewogen. Het komt er dan eigenlijk op neer dat het antwoord op de vraag of een (nieuwe) rechtshandeling tot stand is gekomen – welk antwoord mede afhangt van de gerechtvaardigde verwachting van de ontvanger – bij positieve beantwoording eigenlijk hetzelfde is als het antwoord op de vraag *of* een overeenkomst tot stand is gekomen. Haviltex speelt dan alleen nog een rol bij de vaststelling *mat* precies is overeengekomen.

In dat kader komt dan slechts beperkte werking toe aan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van de NOM-clausule, omdat het pro-

14. Vgl. C.E. Drion, De historie van Haviltex, NJB 2016/28. Zie ook W.L. Valk, Uitleg van rechtshandelingen, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Zutphen: Paris 2016, p. 16-17, waar hij stelt dat de Haviltex-uitlegmaatstaf de consequentie van de wilvertrouwensleer is en dat de 'vraag naar totstandkoming en die naar de inhoud (...) onlosmakelijk met elkaar [zijn] verbonden'.

15. Zie over de eenzijdige rechtshandeling: C. Spierings, De eenzijdige rechtshandeling (diss. Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

16. Anders: Valk 2016, p. 17.

17. NJB 2017, p. 990.

18. NJB 2017, p. 990.

19. Zie Uijen 2017, p. 17-21. Zie ook Schelhaas 2016, p. 179 e.v.

13. HR 24 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:315.



bleem al bij de ‘wortel’ wordt aangepakt, te weten bij de vaststelling of de afwijkende afspraak tot stand is gekomen. Het schenden van het vormvoorschrift zit bij toepassing van artikel 3:35 BW dan al in het antwoord op *die* vraag verdisconteerd. Als uitvoering van de afwijkende afspraak heeft plaatsgevonden, dan kan dat de beoordeling van artikel 3:35 BW mede inkleuren, omdat dat iets (in retrospectief) kan zeggen over de opgewekte schijn bij de acceptatie van het in vorm afwijken-de voorstel.

De derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zou alleen dan nog een rol kunnen spelen als op grond van artikel 3:35 BW is vastgesteld dat de vernieuwde afspraak rechtsgeldig tot stand is gekomen, maar een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Dat is wat ons betreft echter een andere vraag, die gezien de terughoudendheid die het gebruik van de redelijkheid en billijkheid past niet snel bevestigend zal kunnen worden beantwoord.

## 4. Het nut van een NOM-clausule

De vraag resteert of het opnemen van een NOM-clausule zinvol is, of juist tussen partijen een onzekere situatie kan oproepen en daarom in de hiervoor genoemde vorm dient te worden vermeden. Nu artikel 3:35 BW wordt ingevuld door de feiten en omstandigheden van het geval, en wij hebben vastgesteld dat een NOM-clausule *dat* niet kan verhinderen, kan een dergelijke clausule een bron van onduidelijkheid over de rechtspositie van partijen zijn. Partijen streven met een NOM-clausule juist naar zekerheid: zij beogen niet zomaar gebonden te zijn aan afwijkende mondelinge afspraken (of bestendig gedrag), maar pas als dat op papier staat. Deze beoogde zekerheid kan er zeker niet altijd mee worden bereikt. Want als kan worden vastgesteld dat partij A ondanks de NOM-clausule een mondelinge wijziging voorstelde die door partij B is aanvaard, en zij gerechtvaardigd heeft vertrouwd op de totstandkoming van die (mondelinge) wijziging, dan kan artikel 3:35 BW ertoe leiden dat de overeenkomst ondanks de NOM-clausule is gewijzigd. Telkens vergt dit een afweging van alle feiten en omstandigheden van het geval, hetgeen niet op voorhand de zekerheid verschaft waartoe de schriftelijkheidseis uit de NOM-clausule wellicht diende. Het al dan niet opnemen van een NOM-clausule dient in *dat* kader te worden afgewogen.

Een NOM-clausule kan niettemin een toegevoegde waarde hebben. In de eerste plaats kan de NOM-clausule van waarde zijn indien een onbevoegde functionaris van partij A een contractswijziging voorstelt of indien een wijziging impliciet in zijn gedragingen besloten ligt, maar hij verzuimt om dat schriftelijk te laten vastleggen. Indien de NOM-clausule voorschrijft dat een wijziging partijen pas bindt indien dat in een schriftelijk stuk door

bevoegde partijen is vastgelegd, dan kan dat bijdragen aan de conclusie dat de onbevoegde vertegenwoordiging niet voor rekening en risico komt van partij A (zie art. 3:61 lid 2 BW). Een rechtshandeling is dan niet tot standgekomen. Ten tweede kan de NOM-clausule een toegevoegde waarde hebben voor het bewijs ten aanzien van het gerechtvaardigd vertrouwen in de zin van artikel 3:35 BW. De clausule leidt ertoe dat het enkele feit dat sprake is van gedrag dat afwijkt van de contractuele rechten en verplichtingen, nog geen gerechtvaardigd vertrouwen vestigt dat de contractuele afspraken zijn gewijzigd. Ook het enkele feit dat een mondelinge wijzigingsvoorstel wordt aanvaard, resulteert door de aanwezigheid van een NOM-clausule niet automatisch in een contractswijziging. Juist de aanwezigheid van zo’n clausule leidt er wat ons betreft toe dat niet zomaar gerechtvaardigd kan worden vertrouwd op wijziging van het contract.<sup>20</sup> Omdat partijen nu eenmaal nadrukkelijk hebben geopteerd voor de schriftelijke vorm, mogen zij er niet zomaar op vertrouwen dat een mondelinge overeenstemming hen ook bindt. Dat wordt uiteindelijk door de wilsvertrouwensleer ingevuld. Hierbij is bijvoorbeeld van belang hoe lang geleden het contract is gesloten, of partijen hebben gehandeld op basis van het gewijzigde contract, of zij de overeenkomst al meerdere malen niet op de voorgeschreven vorm hebben gewijzigd, of een partij zich direct na een afwijkende mondelinge afspraak op de afwezigheid van het formele schriftelijkheidsvereiste beriep, enzovoort.<sup>21</sup>

Kortom, de NOM-clausule verschaft wellicht niet de zekerheid die partijen tevoren zoeken, maar heeft nog wel een toegevoegde waarde, al is die beperkter dan menigmaal wordt gedacht en beoogd.

## 5. Conclusie

De problematiek rond de werking van NOM-clausules laat zich – zoals wij het zien – dogmatisch lastig plaatsen. In dat kader is het onderhavige artikel op dat punt slechts signalerend. In de geraadpleegde literatuur bestaat een spanningsveld tussen het al dan niet verhinderen van het tot stand komen van een nieuwe afspraak vanwege de aanwezigheid van een NOM-clausule, en de mogelijkheid om zich op de vernieuwde afspraak te beroepen. Wat ons betreft is de sleutel tot de beantwoording de toepassing van artikel 3:35 BW.

Dit is geen verrassende uitkomst, ook omdat er meerdere wegen naar Rome leiden en tot dezelfde redelijke uitkomst kunnen leiden. In Treitel<sup>22</sup> wordt onder toepassing van *common law* (en met inachtneming van rechtspraak) een en ander als volgt verwoord:

‘A contract may contain a term stipulating that it cannot be modified or varied unless in writing. Such

20. Zie ook Schelhaas 2016, p. 180-181, en ook Tjittes 2009, p. 85.

21. Zie ook Schelhaas 2016, p. 181.

22. G.H. Treitel, *The law of contract*, Londen: Sweet&Maxwell 2011, p. 204.

terms cannot entirely prevent an oral variation since “there is no reason, why the contract, including the clause requiring variations to be in writing, could not have been varied orally”. It is, ultimately, a question of the intention of the parties.’

Met name het laatste achten wij doorslaggevend en naar Nederlands recht meetbaar via artikel 3:35 BW. Ofschoon de NOM-clausule daarmee geen zekerheid verschaft dat een contract pas is gewijzigd indien dat schriftelijk is vastgelegd, heeft de clausule altijd nog wel (bewijstechnische) voordelen.